Background Paper BP-258E

B.C. ABORIGINAL TITLE CASE
(Delgamuukw v. The Queen)

Wendy Moss
Law and Government Division

May 1991

Library of Parliament
Bibliothèque du Parlement

Research Branch

92-00272/

The Research Branch of the Library of Parliament works exclusively for Parliament, conducting research and providing information for Committees and Members of the Senate and the House of Commons. This service is extended without partisan bias in such forms as Reports, Background Papers and Issue Reviews. Research Officers in the Branch are also available for personal consultation in their respective fields of expertise.

© Minister of Supply and Services Canada 1991

Cat. No.

ISBN

YM32-2/258E
0-660-14107-8

CE DOCUMENT EST AUSSI PUBLIÉ EN FRANÇAIS

CANADA
LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

B.C. ABORIGINAL TITLE CASE *(Delgamuukw v. The Queen)*

INTRODUCTION

Delgamuukw v. *The Queen,* also known as the "Gitskan case," was decided by the Honourable Chief Justice Allan McEachern on 8 March 1991 in the Supreme Court of British Columbia. It is one of the most significant cases to have reached the courts on the question of aboriginal rights and aboriginal title to land. This is because the plaintiffs' claim to unextinguished aboriginal title involves questions of residual sovereign powers of First Nations, as well as property and land use questions.

The Gitskan case sets the government's conception of aboriginal title as a collective yet private property interest against the opposing view that aboriginal title involves some degree of indigenous sovereignty over the land -- that is, that it is a "pre-existing right" to use and occupy land as the plaintiffs' ancestors did, and includes the right to apply aboriginal customary law respecting land and resource regulation. The government's view of aboriginal rights (which the Court adopted) is that, as a "burden on the Crown's title," they are no more than a right to use and occupy Crown land for traditional subsistence and cultural purposes. This view denies the existence of any indigenous sovereignty over land or any other matter.

SUMMARY OF THE PLAINTIFFS' CLAIM

This case was brought against the Crown in right of the Province of British Columbia by 35 Gitskan and Wet'suwet'en hereditary chiefs ("the plaintiffs"). Against the provincial Crown, the plaintiffs

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

claimed an unextinguished aboriginal title over a territory covering approximately 22,000 square miles in north-west British Columbia. This claim involved an assertion that from time immemorial the plaintiffs and their ancestors had occupied and possessed the territory in question; and that the Gitskan and Wet'suwet'en people were entitled to a legal judgment declaring they owned the territory and were entitled to govern the territory by aboriginal laws paramount to the laws of British Columbia. The Court dismissed these claims against the provincial Crown.

The Crown in right of Canada was added as a defendant at the request of the Province. Because the plaintiffs sought no relief from the federal government, the case against the federal Crown was dismissed.

The plaintiffs allege the territory is divided into 133 separate territories (98 Gitskan, and 35 Wet'suwet'en), and each of these separate territories was claimed by a hereditary chief for his House or its members. Mr. Justice McEachern described the plaintiffs as follows:

> The Gitskan are a Tshimshanic-speaking aboriginal people who claim generally the watersheds of the north and central Skeena, Nass and Babine Rivers and their tributaries within the territory. They number 4,000 to 5,000 persons, most of whom now live in the territory, mainly in villages alongside the Skeena River.....The Wet'suwet'en are an Athabaskan-speaking aboriginal people who claim areas mainly in the watersheds of the Bulkley and parts of the Fraser-Nechako River systems and their tributaries immediately east and south of the Gitskan. They number about 1,500 to 2,000 persons. Most of the Wet'suwet'en live in the territory, mainly in two villages alongside the Bulkley River. (pp. 5-6)

The decision of Mr. Justice McEachern (the Chief Justice of the B.C. Court of Appeal, but sitting as a justice of the B.C. Supreme Court) summarized the plaintiffs' claim as follows:

> The Gitskan and Wet'suwet'en peoples allege that they and their ancestors have, from time immemorial, and well before the arrival of European influences or settlement, (sometimes called "contact") lived in, owned, controlled, possessed, and exercised jurisdiction over the territory. They further allege that they and their ancestors or predecessors, never having surrendered the territory by conquest or treaty, still

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

> enjoy aboriginal ownership of and the legal right to govern the territory according to their aboriginal laws which they claim are "paramount" to the law of British Columbia. (p.10)

Put another way, the plaintiffs first asserted an unextinguished aboriginal title and then argued that as a result of this title, some form of indigenous sovereignty or jurisdiction over the land remained, in the absence of a military conquest or treaty of cession.

In the alternative, the plaintiffs claimed aboriginal rights to use the territory and claimed damages for the loss of all lands and for resources transferred to third parties or removed from the territory since the establishment of the colony.

THE COURT'S RULING

The Court held that aboriginal rights had been extinguished in the territory by virtue of colonial and provincial legislation that the Court viewed as inconsistent with the continued existence of aboriginal title. Such legislation was interpreted by the Court as a "clear and plain" intention of the Crown to unilaterally extinguish aboriginal title. Before the adoption of the *Constitution Act, 1982* affirming and recognizing aboriginal and treaty rights, the Crown had the power, in law, to do this. Whether or not the provincial Crown, as opposed to the federal Crown, could extinguish aboriginal title has been a matter of much legal debate. Equally controversial is the Court's finding in this case that aboriginal title was extinguished by virtue of provincial legislation "inconsistent" with aboriginal title.

Because the plaintiffs' argument on indigenous sovereignty and jurisdiction essentially hinged on aboriginal title, the sovereignty/jurisdiction claim failed as a result of the Court's finding that aboriginal title had been extinguished. Further, the Court's analysis of the law, and its treatment of the evidence, led to the conclusion that indigenous people had not exercised sovereignty even before the arrival of Europeans.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

The only positive finding for the plaintiffs was that the provincial Crown has a fiduciary obligation towards indigenous people in the territory as a result of the unilateral extinguishment of aboriginal title (p.248). This duty was described as follows: "The Crown's obligation, in my judgment, is to permit aboriginal people, but subject to the general law of the province, to use any unoccupied or vacant Crown land for subsistence purposes until such time as the land is dedicated to another purpose. The Crown would breach its fiduciary duty if it sought arbitrarily to limit aboriginal use of vacant Crown land" (p.248).

SPECIFIC FINDINGS

A. The Nature of Aboriginal Rights

The Court held that aboriginal interests can arise either (a) by occupation and use of specific lands for aboriginal purposes by a communal people in an organized society for an indefinite, long period prior to British sovereignty, or (b) under the *Royal Proclamation of 1763*. The Court found that the *Royal Proclamation* had never applied to or had any force in the Colony or Province of British Columbia or to the Indians living there.

The Court said aboriginal interests under (a) above, arise by operation of law and do not depend upon statute, proclamation or sovereign recognition. Such rights existing at the date of British sovereignty continue only at the Crown's pleasure. Unless surrendered or extinguished, aboriginal rights constitute a burden upon the Crown's title to the soil.

Chief Justice McEachern defined aboriginal rights in a general way as "rights arising from ancient occupation or use of land, to hunt, fish, take game animals, wood, berries and other foods and materials for sustenance and generally to use the lands in the manner they say their ancestors used them" (p.15).

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

B. The Plaintiffs' Aboriginal Rights

The Court decided that linguistics, genealogy, history, and other evidence established that some of the ancestors of the plaintiffs or peoples they represent had been present in the territory for an indefinite, long period before British sovereignty.

The aboriginal interests of the post-contact ancestors of the plaintiffs at the date of [British] sovereignty were held to be those exercised by their remote ancestors for an indefinite, long period. Basically these were rights to live in their villages and to occupy adjacent lands for the purpose of gathering the products of the lands and waters for subsistence and ceremonial purposes. These aboriginal interests did not include ownership of, or jurisdiction over, the territory and such claims were dismissed by the Court.

But for the question of extinguishment, the plaintiffs' aboriginal sustenance rights would have constituted a legally enforceable, continuing burden upon the title of the Crown.

C. Sovereignty

The Court held that the law of nations and the common law recognize the sovereignty of European nations that established settlements in North America.

It was decided that Great Britain asserted sovereignty in the territory not earlier than 1803, and not later than the Oregon Boundary Treaty, 1846, or the actual establishment of the Crown Colony of British Columbia in 1858. For the purposes of this case, it did not matter to the Court precisely when sovereignty was first asserted.

The judgment states that the title to the soil of the province became vested in the Imperial Crown (Great Britain) by operation of law at the time of sovereignty. The plaintiffs acknowledged this title but argued that their claims constituted a burden upon the title of the Crown.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

The Court said the purpose of sovereignty and of creating the Colony of British Columbia in 1858 was to settle the land with British settlers and to develop it for the benefit of the Crown and its subjects. As mentioned above, the Court also held that the aboriginal interests of the post-contact ancestors of the plaintiffs at the date of British sovereignty were those exercised by their own remote ancestors and that these aboriginal interests did not include ownership of, or jurisdiction over the territory.

D. Extinguishment of Aboriginal Title

The Court held that aboriginal rights exist at the pleasure of the Crown, and may be extinguished whenever the intention of the Crown to extinguish them is clear and plain.

Upon the establishment of the colony, the Crown, both locally and in London, enacted a number of laws providing: (a) that all the lands of the colony belonged to the Crown; (b) that the laws of England applied in the Colony; (c) that the Governor, and later a Legislative Council, had authority to grant the lands of the colony to settlers; and (d) that the Crown had the authority through the Governor to make laws and exercise legal jurisdiction over the colony including the territory. The Court construed these pre-Confederation colonial enactments as exhibiting a clear and plain intention to extinguish aboriginal interests in order to give an unburdened title to settlers. The Court held that the Crown therefore had extinguished such rights to all the lands of the colony. The plaintiffs' claims for aboriginal rights were dismissed.

In the Court's view, since Confederation the province has had: (a) title to the soil of the province; (b) the right to dispose of Crown lands unburdened by aboriginal title; and (c) the right, within its jurisdiction under s. 92 of the *Constitution Act, 1867* to govern the province. All titles, leases, licences, permits and other dispositions emanating from the Imperial Crown during the colonial period or from the Crown in right of the province since Confederation are valid so far as aboriginal interests are concerned.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

E. Fiduciary Duty of the Crown (In Right of the Province) to the "Indians"

Mr. Justice McEachern decided that at the same time as the pre-Confederation enactments implicitly extinguished aboriginal rights or title, the Crown promised the Indians of the colony that they, and all other residents, could continue to use the unoccupied or vacant Crown land of the colony for the purposes equivalent to aboriginal rights subject to the general law of the province and until such lands were required for an adverse purpose.

The Court held that the unilateral extinguishment of aboriginal interests accompanied by the Crown's promise and the general obligation to care for aboriginal peoples, created a legally enforceable fiduciary, or trust-like duty or obligation upon the Crown to ensure there would be no arbitrary interference with aboriginal sustenance practices in the territory.

The Court decided that the promise made and the obligation assumed by the Crown in colonial times, while not an interest to which Crown lands are subject, could only be discharged by the province and continues to the present time as a duty owed by the Crown, subject to the terms mentioned above. The province has a continuing fiduciary duty to permit Indians to use vacant Crown land for aboriginal purposes. The honour of the Crown imposes upon the province an obligation of fair dealing in this respect which is enforceable by law. The plaintiffs were accordingly entitled to a declaration confirming their legal right to use unoccupied, vacant Crown land for aboriginal purposes subject to the general law of the province.

The Court held that orderly development of the territory, including the settlement and development of non-reserve lands and the harvesting of resources, does not ordinarily offend against the honour of the Crown. The Court said this is because the province has many other duties and obligations in addition to those owed to Indians and because (a) the territory was so vast; (b) game and other resources were reasonably plentiful; and (c) most Indians in the territory were, in the Court's opinion, only marginally dependent upon subsistence activities.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Mr. Justice McEachern specified that the right of Indians to use unoccupied, vacant Crown lands is not an exclusive right and it is subject to the general law of the province.

The Court would not specify any precise rules governing the relationship between the Indians and the Crown, leaving this question to the law relating to fiduciary duties. The Court said that in determining whether there has been a breach of this fiduciary duty "the operative word is 'reconciliation' rather than 'rights' or 'justification'."

ANALYSIS

This analysis will focus on some of the major issues arising from this complex case.

A. Language

The media reported very strong reactions from the native community following the announcement of this decision. Objection was made, on racial and cultural grounds, to the analysis and language of the reasons for judgment.

In terms of language, the decision several times refers to "our Indian people," an expression that is rejected by First Nations as paternalistic. On page 112, the Court uses the term "Kaffirs" in referring to colonial policy in South Africa:

> On December 30, 1858 Lytton enquired of Douglas whether '...it might be feasible to settle [the Indians] permanently in villages; [where] civilization at once begins'. He pointed out that such had been accomplished with the Kaffirs at the Cape.

This term is considered a pejorative reference to black Africans. One authority has commented: "Someone holding extreme white supremacist views will often refer to Africans as 'kaffirs'."(1) *The Concise Oxford*

---

(1) *The Apartheid Handbook*, 2nd ed. Penguin Books Ltd. Middlesex, England, 1986 at p. 23.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Dictionary (7th ed.) also indicates that the term has a racially offensive meaning by assigning to it the symbol "R" and the abbreviation "derog."(2)

The Court may have been repeating what was said in a piece of documentary evidence without quoting directly from it, but this is not clear. In any event, the difficulty arises from using this term at all in the actual text of the decision. These terms are cited here solely for the purpose of,explaining the issue of racist terminology; in order to identify this issue, it seems necessary, unfortunately, to give some specific examples.

If the use of such a term is unavoidable, human rights concerns require it to be a clearly identified as a racial slur, in an anti-racist context. As one authority states, the use of terms clearly constituting racial slurs in any analytical exercise requires identification of their racially pejorative character at point of use - regardless of the motive for use.(3) A failure to "deconstruct" the racism inherent in racial slurs -- that is, to identify immediately their pejorative character and place them within an anti-racist context - is regarded as cloaking or perpetuating racial slurs under the guise of "neutral" intellectual inquiry.(4) In the context of aboriginal rights, the Supreme Court of Canada deconstructed racially discriminatory language in the text of a decision it quoted in the *Simon* case ([1985] 2 S.C.R. 387) by identification and rejection of an offending passage.

Human rights issues therefore arise in the Gitskan case from the Court's use of racially pejorative terms in the text of the decision and in its many quotations from historical documents and legal authorities that use abusive terminology in discussing indigenous peoples. Such terminology includes references to indigenous people as "savages," as

---

(2) In the *Oxford Dictionary*, the symbol "R" is used to mean "racially offensive" and "derog." denotes "derogatory, used only contemptuously".

(3) Joanne St. Lewis, Education Equity Director, Faculty of Law, University of Ottawa.

(4) *Ibid.*

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

"primitive," and as lacking in "civilization," or reveals similar prejudiced assumptions about indigenous people as distinct races or cultures.

Human rights issues also arise from analyses suggesting that concepts with positive values such as "civilization" cannot be associated with indigenous peoples; for example, frequent quotations from legal and historical authorities suggest that "civilization" and "sophistication" are to be equated with European but not indigenous societies. Such authorities are quoted and relied on throughout the Gitskan case. A number of the Court's observations on aboriginal life and culture are regarded as objectionable for similar reasons. For example, Mr. Justice McEachern's general observation on aboriginal life prior to the arrival of Europeans was that "there is no doubt, to quote Hobbes, that aboriginal life in the territory was, at best, 'nasty, brutish and short'" (p.13). Other examples are:

- "The evidence suggests that the Indians of the territory were, by historical standards, a primitive people without any form of writing, horses, or wheeled wagons. Peter Skene Ogden, the controversial trader-explorer visited Hotset in 1836 and noted their primitive condition." (p. 25)

- "I have no doubt life in the territory was extremely difficult, and many of the badges of civilization, as we of European culture understand that term, were indeed absent." (p.31)

- "Warfare between neighbouring or distant tribes was constant, and the people were hardly amenable to obedience to anything more than the most rudimentary form of custom." (p.73)

The following passage in *Re Southern Rhodesia* (a 1919 decision of the Privy Council), quoted and referred to by the Court as demonstrating "much wisdom" (p. 226) also points to the need to "deconstruct" the language of quoted authorities:

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

> The estimation of the rights of aboriginal tribes is always inherently difficult. Some tribes are so low in the scale of social organization that their usages and conceptions of rights and duties are not to be reconciled with the institutions or the legal ideas of civilized society. Such a gulf cannot be bridged. It would be idle to impute [to] such people some shadow of the rights known to our law and then to transmute it into the substance of transferable rights of property as we know them. In the present case it would make each and every person by a fictional inheritance a landed proprietor 'richer than all his tribe'. On the other hand, there are indigenous peoples whose legal conceptions, though differently developed, are hardly less precise than our own. When once they have been studied and understood they are no less enforceable than rights arising under English law. Between the two there is a wide tract of much ethnological interest, but the position of the natives of Southern Rhodesia within it is very uncertain; clearly they approximate rather to the lower than to the higher limit.

A consistent and now controversial assumption of the historical and legal authorities quoted in the Court's reasons, is that human societies may be rated on a scale of "organization" running from "primitive" at one end to "sophisticated" at the other. "Civilization" is equated with the higher end of this scale and is more often associated with European societies, while "primitiveness" is associated with pre-contact indigenous societies. The extent to which Canadian law will recognize aboriginal rights is to some extent dependent upon this cultural judgment of how sophisticated or organized an indigenous society is or was. This type of analysis carries the inherent dangers of cross-cultural judgment. Its premise of ranking the "civilization" of indigenous societies on a scale based on European values alone may also be questioned as ethnocentric. Further, this analysis often involves quoting from sources containing racially offensive language that reflects the underlying bias of the historical and legal authorities available to the Court. This raises the policy issue of whether Courts, when discussing relevant legal precedent and historical evidence, should explicitly identify the offensive character of such language and reject it as inappropriate.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

B. Sovereignty

The legal question of whether any residual sovereignty rests in the Gitskan and Wet'suwet'en peoples involved an analysis of common law (case law) and the law of nations (international law). The analytical approach used in this case posed as a first question whether in law the indigenous peoples concerned had had a sovereign status before the arrival of Europeans.

For many indigenous people and indigenous rights advocates, simply posing this question is to cast doubt on the humanity of indigenous peoples. Another difficulty is that existing case precedent uses European society as the definitive norm to decide whether indigenous societies possessed a sufficiently "sophisticated" state of social and political organization to justify a recognition of indigenous sovereignty and of aboriginal title. Under the analysis used in the Gitskan case, indigenous societies are presumed not to have possessed a sufficient degree of organization for either military conquest or cession of sovereignty by treaty to be necessary to justify the initial assertions of sovereignty by European powers. The "doctrine of discovery" allows European powers to treat as unoccupied any lands inhabited by hunter-gatherer societies. This doctrine, originally developed in the colonial period to determine the rights of colonized peoples relative to the colonizing power, is based on assumptions of the European peoples' superiority to indigenous peoples. These inherent assumptions raise the issue of racial bias and ethnocentrism within the framework used to analyze aboriginal title/rights questions. This issue was not addressed by the Court.

In the Gitskan case, Justice McEachern felt compelled by precedent to rely on the doctrine of discovery. This analytical framework led him to conclude there was a lack of indigenous sovereignty at the time of contact, thus justifying British sovereignty over vast areas of land with minimal occupation by British subjects.

The Court was led to this analysis by some of the leading aboriginal title cases, such as *Hamlet of Baker Lake* v. *Minister of Indian*

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Affairs, [1980] 1 F.C. 518 (F.C.C.), which in turn were influenced by colonial precedent from Africa (such as *Re Southern Rhodesia,* [1919] A.C. 211). The Court in the Gitskan case was also influenced by the American precedent *Johnson* v. *McIntosh* (U.S.S.C.), which accepted the doctrine of discovery. Mr. Justice McEachern in his decision quoted (at p.80) and seemed to accept the following passage from *Johnson* v. *McIntosh* (1823) 8 Wheaton 543 at 572-3, with no comment on its ethnocentric bias:

> On the discovery of this immense continent, the great nations of Europe were eager to appropriate to themselves so much of it as they could respectively acquire. Its vast extent offered an ample field to the ambition and enterprise of all; and the character and religion of its inhabitants afforded by apology for considering them as a people over whom the superior genius of Europe might claim an ascendency. The potentates of the old world found no difficulty in convincing themselves that they made ample compensation to the inhabitants of the new, by bestowing on them civilization and Christianity, in exchange for unlimited independence. But, as they were all in pursuit of nearly the same object, it was necessary, in order to avoid conflicting settlements, and consequent war with each other, to establish a principle which all should acknowledge as the law by which the right of acquisition which they all asserted, should be regulated among themselves. This principle was that discovery gave title to the government by whose subjects, or by whose authority, it was made, against all other European governments, which title might be consummated by possession...

Mr. Justice McEachern concluded that "Subsequent authorities make it clear that such sovereignty exists not just against other 'civilized' powers but extends as well to the natives themselves" (p.80). The Court also concluded: "In my view, it is part of the law of nations, which has become part of the common law, that discovery and occupation of the lands of this continent by European nations, or occupation and settlement, gave rise to a right of sovereignty" (p.81).

Case precedent also led the plaintiffs to make a fundamental admission that made the indigenous jurisdiction argument even more difficult: that the underlying title to the soil of the territory is in the Crown in right of the province of British Columbia *(St. Catherines*

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Milling and Lumber Co. Ltd. v. *Attorney General of Ontario* (1886) 13 S.C.R. 577). This admission necessarily involves some recognition of British/Canadian sovereignty over the territory. The plaintiffs appeared to be arguing that a continuing aboriginal title (which the Court eventually held had been extinguished) meant a continuing indigenous jurisdiction over the land that displaced Crown jurisdiction in land matters at least.

The Court concluded that there was a lack of "law" in pre-colonial indigenous society, at one point describing this period as reflecting a "legal and jurisdictional vacuum" (p.222). The Court also said "If it were necessary to find the Gitskan and Wet'suwet'en, as aboriginal peoples rather than villagers, had institutions and governed themselves, then I doubt if this requirement has been satisfied. I have already discussed this earlier in this Part" (p. 226). These findings were critical to the Court's conclusion that aboriginal title or rights did not include any notion of residual sovereign powers.

While most of the analysis in Gitskan concludes a lack of indigenous law, and therefore a lack of indigenous sovereignty in pre-colonial times, the decision seems to offer two alternative explanations for the Court's negative finding regarding indigenous sovereignty: that is, that the assertion of British sovereignty by the establishment of the Colony of British Columbia either *displaced* or *extinguished* indigenous sovereignty. At page 241 the Court states:

> I discussed this claim [aboriginal jurisdiction] in Part 14 of this judgment and I concluded that aboriginal sovereignty did not survive the assertion of British sovereignty. I do not find it necessary to consider or decide whether the establishment of the Colony of British Columbia, for example, should be classified as a displacement of sovereignty by a different one which the law recognizes, or whether the legal arrangements which were put in place during the colonial period amounted to an extinguishment of the earlier sovereignty. I tend to think the former correctly describes the historical reality, then it would be my judgment that the Crown clearly and plainly intended, in the sense I have mentioned, to extinguish any aboriginal jurisdiction or sovereignty which survived the assertion of British sovereignty. This, of

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

> course, was accomplished by the governmental arrangements the Crown put in place during the colonial period which were clearly intended to apply throughout the colony and to bind everyone who lived there. It is inconceivable in my view, that another form of government could exist in the colony after the Crown imposed English law, appointed a Governor with power to legislate, took title to all the land of the colony and set up procedures to govern it by a Governor and Legislative Council under the authority of the Crown.

The Court also suggested that the *de facto* exercise of sovereignty by British colonial powers and the Canadian State, would defeat any indigenous claims to sovereignty: "The events of the last 200 years are far more significant than any military conquest or treaties would have been. The reality of Crown ownership of the soil of all lands of the province is not open to question and actual dominion for such a long period is far more pervasive than the outcome of a battle or a war would ever be. The law recognizes Crown ownership of the territory in a federal state now known as Canada pursuant to its Constitution and laws" (p.81).

Mr. Justice McEachern concluded that upon asserting sovereignty, the Crown also acquired an underlying title to the soil, subject only to aboriginal title in the form of a burden on the Crown's title. This burden did not prevent the Crown from selling the land, he said, or from extinguishing that burden at will.

On a number of matters, the Gitskan case has been criticized as out of step with recent Supreme Court of Canada decisions such as that in *Sparrow* v. *The Queen,* [1990] 1 S.C.R. 1075. The specific issue of indigenous sovereignty was not directly before the Supreme Court of Canada in *Sparrow*. Though that judgment did make a few remarks on the question, collectively, these remarks are somewhat ambiguous. For example, a finding contrary to indigenous sovereignty is suggested by the following passage in *Sparrow* (at p. 1103): "It is worth recalling that while British policy towards the native population was based on respect for their right to occupy their traditional lands, a proposition to which the *Royal Proclamation of 1763* bears witness, there was never any doubt that sovereignty and legislative power, and indeed underlying title, to such lands vested in the Crown; see *Johnson* v. *McIntosh*...."

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

On the other hand, the Court, in discussing the significance of s. 35 (1) of the *Constitution Act, 1982,* appears to quote with approval the following observations by Professor Lyon in "An Essay on Constitutional Interpretation" (1988), 26 *Osgoode Hall L. J.* 95:

> ...the context of 1982 is surely enough to tell us that this is not just a codification of the case law on aboriginal rights that had accumulated by 1982. Section 35 calls for a just settlement for aboriginal peoples. It renounces the old rules of the game under which the Crown established courts of law and denied those courts the authority to question sovereign claims made by the Crown." (as quoted at p. 1106)

The Supreme Court of Canada touched on the subject of sovereignty in another recent case, *Sioui* v. *The Queen.* In that case, which dealt with the nature of treaty rights, the Court was again somewhat equivocal on the question of the sovereign status of First Nations in Canada. The Court noted that in a previous case, *Simon* v. *The Queen,* it had decided that treaties with Indians are unique documents, neither created nor terminated according to the rules of international law. In *Sioui,* it went on to conclude both that Indian nations maintained relations with Great Britain and France that were *close* to those maintained between sovereign nations. On the other hand, the Supreme Court of Canada in the same case concluded that "the Indians were regarded in their relations with the European nations which occupied North America as *independent* nations" [emphasis added] and that historical records "demonstrate the recognition by Great Britain that nation-to-nation relations had to be conducted with the North American Indians." The Supreme Court of Canada also adopted the following statement about British policy towards Indian people in the mid-eighteenth century from the United States Supreme Court in *Worcester* v. *State of Georgia:*

> Such was the policy of Great Britain towards the Indian nations inhabiting the territory from which she excluded all other Europeans; such her claims, and such her practical exposition of the charters she had granted: *she considered them as nations capable of maintaining the relations of peace and war; of governing themselves, under her protection; and she made treaties with them, the obligation of which she acknowledged.* [emphasis added by the SCC].

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

In conclusion, a clear answer from the Supreme Court of Canada on the question of indigenous peoples' sovereignty may have to wait for a case in which it is raised in the context of aboriginal title, such as the Gitskan case.

THE VANCOUVER ISLAND TREATIES

Most of British Columbia, and the territory in question in this case, is not covered by treaty. However, the earliest days of British presence on Vancouver Island through the Hudson's Bay Company involved a treaty process. The Court in the Gitskan case therefore had to deal with the issue of whether this treaty process represented British policy on aboriginal rights, and whether the land rights of indigenous people would remain throughout the province until dealt with by treaty. The Court answered these questions in the negative and went on to state:

> With respect, I think too much has been made of these treaties as there is no clear understanding of what was involved, and the reasons which motivated the parties to act as they did. The Hudson's Bay Company apparently decided to acquire aboriginal interests in land in which it is interested, and obtained such land for a few blankets....The Vancouver Island treaties may represent no more than the surrender of the Indians of whatever rights they had in exchange for the modest consideration they received together with the substitution of a treaty right to continue to use the land. It cannot be inferred that the Indians owned the land or that the Crown was obliged by law to enter into these or further treaties. This is all so uncertain and equivocal that I am unable to attach any legal consequences to these treaties. (p.124)

The Court expressed these conclusions without referring to or distinguishing several precedents that considered the Vancouver Island treaties. For example, in *Saanichton Marina Ltd.* v. *Claxton,* (1989) 57 D.L.R. (4th) 161, the B.C. Court of Appeal held that a 1852 treaty between the Saanich people and the governor of Vancouver Island on behalf of the Hudson's Bay Company conferred a positive right of protection upon the Indians of their right to fish in a particular location. As a result

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

of that treaty right, the Court of Appeal granted a declaration that a proposed marina would seriously interfere with the Indian fishery. The only barrier to granting an injunction appeared to be a statutory provision for Crown immunity.

In *Saanichton Marina*, the B.C. Court of Appeal expressly rejected an argument that the treaty was not binding on the Crown; holding that such a position was untenable in view of precedents such as *R.* v. *White* (1964), 50 D.L.R. (2d) 613; affirmed 52 D.L.R. (2d) 481n (S.C.C.) and *R.* v. *Bartleman* (1984), 12 D.L.R. (4th) 73 (B.C.C.A.). These precedents not only conclude that the Vancouver Island treaties do have legal consequences, but also seem to suggest that these treaties represent a British policy of obtaining land cessions by way of treaty in advance of settlement, and that this policy was intended to apply to British Columbia as well as other parts of Canada. For example, in *R.* v. *White*, Mr. Justice Davey stated: (p. 197-8)

> In the Charter granting Vancouver Island to the Hudson's Bay Co., it was charged with the settlement and colonization of that island. That was clearly part of the Imperial policy to head off American settlement of and claims to the territory. In that sense the Hudson's Bay Co. was an instrument of Imperial policy. It was also the long standing policy of the Imperial government and the Hudson Bay Co. that the Crown or the company should buy from the Indians their land for settlement by white colonists. In pursuance of that policy many agreements, some very formal, others informal, were made with various bands and tribes of Indians for the purchase of their lands. These agreements frequently conferred upon the grantors hunting rights over the unoccupied lands so sold. Considering the relationship between the Crown and the Hudson's Bay Co. in the colonization of this country, and the Imperial and corporate policies reflected in those agreements, I cannot regard ex.8 as a mere agreement for the sale of land made between a private vendor and a private purchaser.

The most recent statements of the Supreme Court of Canada on Indian treaties *(Simon and Sioui)* seem to leave no doubt that these documents have legal consequences.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

EXTINGUISHMENT OF INDIAN TITLE

In *Calder* v. *A.G. for B.C.* [1973] S.C.R. 313, the Court was divided on the question of how aboriginal title may be extinguished. Mr. Justice Judson, speaking for himself and two others, held that alienation and other acts inconsistent with aboriginal title was sufficient. The opposing view was that an intention to extinguish must be "clear and plain." The fact that there have been two opposing views was noted by the Supreme Court of Canada in *C.P. Ltd.* v. *Paul* [1989] 1 C.N.L.R. 47.

In recent years, the Supreme Court of Canada has stated several times that although the Crown had the power before 1982 to extinguish unilaterally aboriginal title, such an intent must be expressed in a clear and plain fashion. (Since the enactment of s.35 of the *Constitution Act, 1982,* the extinguishment of any existing aboriginal title cannot be done without the consent of the aboriginal people concerned.) In *Sparrow,* the Supreme Court of Canada stated that: "The test of extinguishment to be adopted, in our opinion, is that the Sovereign's intention must be clear and plain if it is to extinguish an aboriginal right" ([1990] 1 S.C.R.1099).

While these two views were described as being in opposition to one another in *C.P. Ltd.* v. *Paul,* the Court in the Gitskan case found a clear and plain intention to extinguish aboriginal title as a result of a clear and plain intention "to create a legal regime from which it is necessary to infer that aboriginal interests were in fact extinguished." The Court in Gitskan also concluded that an intention to extinguish may be discerned from a course of conduct over the whole of the colonial period. Mr. Justice McEachern stated: "I conclude that an intention to extinguish aboriginal rights can be clear and plain without being stated in express statutory language or even without mentioning aboriginal rights if such a clear and plain intention can be identified by necessary implication" (p.241).

The Court held that express statutory language is not a requirement for extinguishment because the Supreme Court of Canada in *Sparrow* did not include express statutory language as a part of its test. In *Sparrow,* however, the Court made a distinction between a clear and plain

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

intent to extinguish and implicit extinguishment in the form of a statutory land regime apparently inconsistent with aboriginal title. Specifically, the Court adopted the "clear and plain" intention test, while contrasting it to the view of Mr Justice Judson in *Calder* that extinguishment could be achieved by a series of statutes evincing a unity of intention to exercise a sovereignty inconsistent with any conflicting interest, including aboriginal title (p. 10989 of *Sparrow*).

CONCLUSION

There are many issues arising from this very significant and complex case. The Court's use of case precedent is of interest for a variety of reasons, some of which have been explained above. This case has demonstrated the very high evidentiary burden facing First Nations asserting an unextinguished aboriginal title and the complexity of the legal issues involved. It also demonstrates the important political issues underlying such cases. As Mr. Justice McEachern noted in the introduction to his judgment, "this has also been a political trial." The case gives an indication of the extent to which First Nations seek to transform legal and political institutions and thought, as these affect aboriginal rights and the status of First Nations in Canada.

Étude générale BP-258F

LES DROITS DE PROPRIÉTÉ AUTOCHTONES EN COLOMBIE-BRITANNIQUE
(*Delgamuukw* c. *La Reine*)

Wendy Moss
Division du droit et du gouvernement

Mai 1991

Bibliothèque du Parlement
Library of Parliament

Service de recherche

Le Service de recherche de la Bibliothèque du Parlement travaille exclusivement pour le Parlement, effectuant des recherches et fournissant des informations aux parlementaires et aux comités du Sénat et de la Chambre des communes. Entre autres services non partisans, il assure la rédaction de rapports, de documents de travail et de bulletins d'actualité. Les attachés de recherche peuvent en outre donner des consultations dans leurs domaines de compétence.

© Ministre des Approvisionnements et Services Canada 1991

N° de cat.

ISBN

YM32-2/258F
0-660-93343-8

THIS DOCUMENT IS ALSO PUBLISHED IN ENGLISH

CANADA
LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

LES DROITS DE PROPRIÉTÉ AUTOCHTONES EN COLOMBIE-BRITANNIQUE
(Delgamuukw c. *La Reine)*

INTRODUCTION

L'arrêt *Delgamuukw* c. *La Reine*, appelé également l'"affaire Gitskan" a été rendu par l'honorable juge en chef Allan McEachern le 8 mars 1991 à la Cour suprême de la Colombie-Britannique. Il portait sur l'une des causes les plus importantes à avoir été portées devant les tribunaux au sujet de la question des droits ancestraux et d'un titre de propriété. L'importance de cette cause découle du fait que la revendication du titre aborigène non éteint des plaignants autochtones soulève des questions concernant les pouvoirs souverains résiduels des Premières Nations ainsi que des questions relatives à la propriété foncière et à l'utilisation des terres.

L'affaire Gitskan oppose la conception qu'a le gouvernement du titre aborigène, à savoir que ce titre constitue un intérêt foncier collectif mais privé, à la conception opposée, qui veut que ce titre comporte un certain degré de souveraineté sur les terres -- autrement dit, qu'il s'agit d'un "droit préexistant" d'utiliser et d'occuper les terres comme le faisaient les ancêtres des plaignants et qu'il comprend le droit d'appliquer le droit coutumier aborigène à la réglementation des terres et des ressources. Le gouvernement estime (et la Cour suprême de la Colombie-Britannique s'est montrée du même avis) que les droits ancestraux, en tant que "servitude du titre de Sa Majesté", ne constituent rien de plus qu'un droit d'utiliser et d'occuper les terres de la Couronne aux fins traditionnelles de la subsistance et de la culture. Ce point de vue nie l'existence de toute souveraineté indigène sur les terres ou sur tout autre aspect.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

RÉSUMÉ DE LA PLAINTE

La plainte a été portée contre Sa Majesté du chef de la province de la Colombie-Britannique par 35 chefs héréditaires gitskan et wet'suwet'en ("les plaignants"). Les plaignants revendiquaient auprès de la province un titre non éteint sur un territoire d'environ 22 000 milles carrés au nord-ouest de la Colombie-Britannique. Cette plainte comportait l'affirmation que, depuis des temps immémoriaux, les plaignants et leurs ancêtres avaient occupé et possédé le territoire en question et que les Gitskan et les Wet'suwet'en avaient droit à un jugement des tribunaux déclarant qu'ils possédaient ce territoire et avaient droit de le gouverner selon les lois aborigènes, qui l'emportaient sur celles de la Colombie-Britannique. La Cour n'a pas retenu ces plaintes contre la province.

Sa Majesté du chef du Canada a été ajoutée comme défenderesse, à la demande de la province. Parce que les plaignants ne demandaient aucune indemnisation du gouvernement fédéral, cette partie de l'affaire a été classée.

Les plaignants soutiennent que le territoire se divise en 133 territoires (98 territoires gitskan et 35 territoires wet'suwet'en), et chacun d'eux a été réclamé par un chef héréditaire au nom de sa maison ou de ses membres. Le juge McEachern a décrit les plaignants comme suit:

> Les Gitskan sont un peuple autochtone de langue tsimshiane qui revendiquent, en gros, les bassins hydrographiques de la Skeena du nord et du centre, de la Nass et de la Babine, et de leurs affluents à l'intérieur du territoire. Ils sont 4 000 à 5 000, la plupart vivant actuellement sur le territoire, principalement dans les villages riverains de la rivière Skeena. [...] Les Wet'suwet'en sont un peuple autochtone de langue athabascane, qui revendiquent des territoires situés principalement dans les bassins hydrographiques de la rivière Bulkley et des parties du réseau fluvial Fraser-Nechako et de leurs affluents immédiatement au sud et à l'est des territoires gitskan. Ils regroupent entre 1 500 et 2 000 personnes. La plupart des Wet'suwet'en vivent sur le territoire, principalement dans deux villages le long de la rivière Bulkley. (p. 5-6) (traduction)

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Dans sa décision, le juge McEachern (juge en chef de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique qui agissait à titre de juge de la Cour suprême de la Colombie-Britannique) a résumé la plainte comme suit:

> Les Gitskan et les Wet'suwet'en prétendent qu'eux et leurs ancêtres ont, depuis des temps immémoriaux et bien avant l'arrivée des influences ou des colons européens (parfois appelés les "contacts"), vécu sur le territoire, qu'ils l'ont possédé, l'ont contrôlé et y ont exercé leur compétence. Ils soutiennent en outre qu'eux et leurs ancêtres ou prédécesseurs, n'ayant jamais cédé le territoire par suite d'une conquête ou d'un traité, possèdent encore le titre aborigène et le droit légal de gouverner le territoire conformément à leurs lois qui, prétendent-ils, "l'emportent" sur celles de la Colombie-Britannique. (p. 10) (traduction)

Autrement dit, les plaignants ont d'abord affirmé un titre aborigène non éteint, puis soutenu que, grâce à ce titre, il restait une certaine forme de souveraineté ou de compétence indigène sur le territoire, en l'absence d'une conquête militaire ou d'un traité de cession.

Si cette plainte était rejetée, les plaignants revendiquaient les droits ancestraux d'utiliser le territoire et demandaient des dommages-intérêts pour la perte de toutes les terres et ressources transférées à des tiers ou retranchées du territoire depuis l'établissement de la colonie.

LA DÉCISION DE LA COUR

La Cour a décidé que les droits ancestraux étaient éteints sur le territoire en vertu de la législation coloniale et provinciale qu'elle a estimée incompatible avec l'existence continue d'un titre aborigène. Elle a interprété cette législation comme une intention "claire et expresse" de Sa Majesté de mettre fin unilatéralement au titre aborigène. Avant l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1982* qui affirme et reconnaît les droits ancestraux et issus de traités, Sa Majesté avait le pouvoir, selon la loi, d'agir ainsi. Que la province, par opposition au gouvernement fédéral, ait le droit ou non de mettre fin au titre aborigène a fait l'objet d'un grand débat juridique. De même, la

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

décision de la Cour dans cette affaire, selon laquelle le titre aborigène est éteint en vertu de lois provinciales "incompatibles" avec ce titre, est aussi une décision controversée.

Parce que l'argument des plaignants au sujet de la souveraineté et de la compétence autochtone touche au titre aborigène, la plainte relative à la souveraineté et à la compétence a été rejetée, la Cour ayant statué que le titre aborigène était éteint. De plus, l'analyse du droit effectuée par la Cour et sa façon de traiter la preuve l'ont amenéne à la conclusion que les autochtones n'avaient pas exercé de souveraineté, même avant l'arrivée des Européens.

La seule décision positive pour les plaignants a été que la province a une obligation fiduciaire à l'endroit des autochtones du territoire par suite de l'extinction unilatérale du titre aborigène. Cette obligation a été décrite comme suit: "L'obligation de Sa Majesté, selon moi, consiste à permettre aux autochtones, sous réserve toutefois de l'application des lois générales de la province, d'utiliser toute terre de la Couronne inoccupée à des fins de subsistance tant que cette terre ne sera pas affectée à d'autres fins. Sa Majesté enfreindrait son obligation fiduciaire si elle cherchait arbitrairement à limiter l'utilisation, par les autochtones, de terres de la Couronne inoccupées". (p. 248) (traduction)

LES DÉCISIONS PARTICULIÈRES

A. La nature des droits ancestraux

La Cour a décidé que des intérêts autochtones peuvent naître a) de l'occupation et l'utilisation de terres précises à des fins ancestrales par des gens vivant en collectivité dans une société organisée pendant une longue période indéfinie avant la souveraineté britannique ou b) des dispositions de la *Proclamation royale de 1763*. La Cour a statué que la Proclamation royale ne s'est jamais appliquée dans la colonie ou dans la province de la Colombie-Britannique ni aux Indiens qui y vivent ou y ont vécu.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

La Cour a déclaré que les intérêts décrits en a) ci-dessus naissent de l'action de la loi et ne dépendent pas des lois, des proclamations ni d'une reconnaissance souveraine. Les droits existants au moment de la souveraineté britannique ne continuent qu'au gré de Sa Majesté. À moins d'avoir été cédés ou de s'être éteints, les droits ancestraux constituent une servitude sur le titre de Sa Majesté à l'égard du sol.

Le juge en chef McEachern a défini les droits ancestraux de manière générale comme des "droits découlant de l'ancienne occupation ou utilisation de la terre pour chasser, pêcher, obtenir du gibier, du bois, des petits fruits et d'autres aliments et matériaux afin d'assurer leur subsistance et, généralement, afin d'utiliser les terres d'une manière qui, selon les autochtones, est conforme à celle de leurs ancêtres". (p. 15) (traduction)

B. Les droits ancestraux des plaignants

La Cour a décidé que des preuves linguistiques, généalogiques, historiques et autres démontraient que certains des ancêtres des plaignants ou des peuples qu'ils représentent avaient vécu sur le territoire pendant une période indéfinie, bien avant la souveraineté britannique.

Elle a déterminé que les intérêts ancestraux des ancêtres des plaignants ayant vécu au moment de la souveraineté [britannique] étaient ceux qu'avaient exercé les lointains ancêtres pendant une longue période indéfinie. Il s'agit essentiellement du droit de vivre dans les villages autochtones et d'occuper des terres voisines pour récolter les produits de la terre et de l'eau à des fins de subsistance et à des fins cérémonielles. Ces intérêts ancestraux ne comprennent pas la possession du territoire ni la compétence sur ce territoire, et la Cour a rejeté ces revendications.

S'ils n'étaient pas éteints, les droits ancestraux de subsistance des plaignants constitueraient une servitude continue et exécutoire sur le titre de Sa Majesté.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

C. La souveraineté

La Cour a déterminé que le droit des nations et la *common law* reconnaissent la souveraineté des nations européennes ayant établi des colonies en Amérique du Nord.

Elle a décidé que la Grande-Bretagne a affirmé la souveraineté du territoire au plus tôt en 1803 et au plus tard en 1846, par le Traité des frontières de l'Oregon, ou en 1858, par l'établissement concret de la colonie de Sa Majesté de la Colombie-Britannique. Aux fins de cette affaire, il importait peu de déterminer avec précision le moment où la souveraineté a été affirmée pour la première fois.

Le jugement indique que le titre à l'égard du sol de la province a été dévolu à Sa Majesté impériale (Grande-Bretagne) par l'action de la loi au moment de la souveraineté. Les plaignants ont reconnu ce titre mais soutenu que leurs revendications constituaient une servitude sur le titre de Sa Majesté.

La Cour a déclaré que l'objet de la souveraineté et de la création de la Colonie de la Colombie-Britannique en 1858 consistait à coloniser les terres par des colons britanniques et à mettre ces terres en valeur au profit de Sa Majesté et de ses sujets. Comme nous l'avons déjà mentionné, la Cour a également déterminé que les intérêts ancestraux des ancêtres des plaignants ayant vécu au moment de la souveraineté britannique étaient ceux qu'avaient exercé leurs lointains ancêtres et que des intérêts ancestraux ne comprenaient pas la possession du territoire ni la compétence sur le territoire.

D. L'extinction du titre aborigène

La Cour a décidé que les droits ancestraux existent au gré de Sa Majesté et peuvent être éteints dès que l'intention de Sa Majesté d'y mettre fin est claire et expresse.

Lors de la création de la colonie, Sa Majesté, tant ici qu'à Londres, a adopté diverses lois prévoyant : a) que toutes les terres de la colonie lui appartenaient; b) que les lois de l'Angleterre s'appliquaient à la colonie; c) que le gouverneur, et par la suite, un conseil législatif, était autorisé à attribuer les terres de la colonie aux colons; et d) que

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Sa Majesté était autorisée, par l'entremise du gouverneur, à adopter des lois et à exercer une compétence juridique sur la colonie, y compris sur le territoire. La Cour a estimé que ces dispositions coloniales antérieures à la Confédération exprimaient une intention claire et expresse de mettre fin aux intérêts ancestraux afin de donner aux colons un titre sans servitude. La Cour a décidé que Sa Majesté avait donc éteint ces droits pour toutes les terres de la colonie. La demande des plaignants relative aux droits ancestraux,a donc été rejetée.

De l'avis de la Cour, la province a eu depuis la Confédération: a) le titre à l'égard du sol de la province; b) le droit de disposer des terres de la Couronne non assujetties à une servitude en raison d'un titre aborigène; et c) le droit, conformément à ses compétences en vertu de l'article 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, de gouverner la province. Tous les titres, baux, licences, permis et autres dispositions émanant de Sa Majesté impériale pendant la période coloniale ou de Sa Majesté du chef de la province depuis la Confédération sont valides en ce qui concerne les intérêts ancestraux.

E. L'obligation fiduciaire de Sa Majesté (du chef de la province) envers les "Indiens"

Le juge McEachern a décidé que, au moment même où les lois antérieures à la Confédération ont implicitement éteint les droits ancestraux ou le titre aborigène, Sa Majesté a promis aux Indiens de la colonie qu'eux et tous les autres résidants pourraient continuer d'utiliser les terres de la Couronne inoccupées dans la colonie à des fins équivalentes à celles prévues par les droits ancestraux, sous réserve de l'application des lois générales de la province et tant que ces terres ne seraient pas requises pour une fin incompatible.

La Cour a déterminé que l'extinction unilatérale des intérêts ancestraux ainsi que la promesse de Sa Majesté et l'obligation générale de prendre soin des autochtones créaient une obligation fiduciaire exécutoire ou une obligation semblable à une obligation fiduciaire de Sa Majesté de s'assurer qu'il n'y aurait aucune atteinte arbitraire aux pratiques de subsistance ancestrales sur le territoire.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

La Cour a décidé que, même s'il ne s'agissait pas d'un intérêt auquel les terres de la Couronne sont assujetties, la promesse faite et l'obligation assumée par Sa Majesté à l'époque coloniale ne pouvaient être acquittées que par la province et qu'elles continuent de constituer de nos jours une obligation de Sa Majesté, aux conditions stipulées ci-dessus. La province a l'obligation fiduciaire continue de permettre aux Indiens de se servir des terres de la Couronne inoccupées à des fins ,ancestrales. L'honneur de Sa Majesté impose à la province l'obligation d'agir équitablement dans ce domaine exécutoire. Les plaignants étaient donc autorisés à recevoir une déclaration confirmant leur droit légal d'utiliser des terres de la Couronne inoccupées à des fins ancestrales, conformément aux lois générales de la province.

La Cour a décidé que la mise en valeur ordonnée du territoire, y compris la colonisation et la mise en valeur des terres autres que les réserves ainsi que l'exploitation des ressources, ne porte pas atteinte, habituellement, à l'honneur de Sa Majesté. La Cour s'est déclarée de cet avis parce que la province a de nombreuses autres obligations en plus de ses obligations envers les Indiens et parce que a) le territoire est tellement vaste, b) le gibier et d'autres ressources sont raisonnablement abondants et c) de l'avis de la Cour, la plupart des Indiens du territoire ne dépendent que marginalement des activités de subsistance.

Le juge McEachern a précisé que le droit des Indiens d'utiliser les terres inoccupées de la Couronne n'est pas un droit exclusif et qu'il est assujetti aux lois générales de la province.

La Cour n'a pas précisé de règles concernant la relation entre les Indiens et Sa Majesté, laissant cette question au droit en matière d'obligation fiduciaire. Elle a déclaré que, pour déterminer si cette obligation fiduciaire a été enfreinte, le mot clé est "réconciliation" plutôt que "droits" ou "justification".

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

ANALYSE

Dans l'analyse qui suit, nous mettons l'accent sur certaines des grandes questions soulevées par cette affaire complexe.

A. La langue

Les médias ont signalé de très vives réactions de la part des autochtones après l'annonce de cette décision. Des objections ont été présentées, pour des motifs d'ordre racial et culturel, quant à l'analyse des motifs du jugement et à la langue employée dans cette analyse.

Pour ce qui est de la langue, la décision mentionne souvent l'expression "nos peuples indiens", expression que les Premières Nations rejettent, la trouvant paternaliste. À la page 112, la Cour utilise le terme "kaffirs" en faisant référence à la politique coloniale de l'Afrique du Sud:

> Le 30 décembre 1858, Lytton a demandé à Douglas "s'[...] il était possible d'installer [les Indiens] en permanence dans des villages; [là où] la civilisation commence immédiatement". Il a souligné que cela s'était fait avec les Kaffirs au Cap. (traduction)

Ce terme est considéré comme une allusion péjorative aux Noirs africains. Un expert a fait remarquer: "Les gens convaincus que les Blancs exercent une suprématie extrême désignent souvent les Africains comme des 'kaffirs'"(1). Le *Concise Oxford Dictionary* (7e édition) indique également que ce terme un sens raciste puisqu'il lui ajoute le symbole "R" et l'abréviation "dérog."(2)

La Cour a peut-être repris une preuve documentaire sans la citer directement, mais ce n'est pas clair. Quoi qu'il en soit, la difficulté provient de l'utilisation de ce terme dans l'arrêt. Ces termes sont cités ici uniquement pour expliquer la question de la terminologie raciste. Afin de cerner cette question, il semble nécessaire, malheureusement, de donner des exemples précis.

---

(1) *The Apartheid Handbook*, 2e édition, Penguin Books Ltd., Middlesex, Angleterre, 1986. p. 23 (traduction).

(2) Dans le dictionnaire *Oxford*, le symbole "R" désigne "raciste" et l'abréviation "dérog." signifie "péjoratif, employé uniquement d'un ton méprisant".

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Si l'emploi d'un tel terme est inévitable, les préoccupations relatives aux droits de la personne nécessitent qu'on indique clairement qu'il s'agit d'une insulte raciale employée dans un contexte antiraciste. Comme le déclare un spécialiste, l'emploi de termes qui constituent clairement des insultes raciales exige qu'on indique leur caractère péjoratif et raciste au moment de les employer - peu importe la raison pour laquelle on le fait(3). Ne pas désamorcer le racisme inhérent aux insultes raciales - en indiquant leur caractère péjoratif et en les plaçant dans un contexte antiraciste - revient à masquer ou à perpétuer ces insultes sous le couvert de l'examen intellectuel "neutre"(4). Dans le contexte des droits ancestraux, la Cour suprême du Canada a désamorcé des termes discriminatoires et racistes dans l'arrêt cité dans l'affaire *Simon* [1985] 2. R.C.S. 387 en identifiant et en rejetant un passage offensant.

Des questions relatives aux droits de la personne sont donc soulevées dans l'affaire Gitskan, par suite de l'emploi, par la Cour, de termes racistes dans l'arrêt et dans les nombreuses citations de documents historiques et de juristes qui emploient des termes injurieux lorsqu'ils traitent des autochtones. Ces termes comprennent des mots comme "sauvages" et "primitifs" pour désigner les autochtones; il peut aussi s'agir d'allusions au manque de "civilisation" ou de phrases qui dénotent des préjugés semblables au sujet des autochtones, en tant que races ou cultures distinctes.

Des questions relatives aux droits de la personne découlent également d'analyses laissant entendre que des concepts rattachés à des valeurs positives comme la "civilisation" ne peuvent être associés aux autochtones; par exemple, les nombreuses citations de juristes et d'historiens laissant entendre que la "civilisation" et le "raffinement" caractérisent les sociétés européennes mais non les sociétés autochtones. Ces autorités sont citées tout au long de l'arrêt Gitskan et elles servent de fondement à cette décision. Certaines observations de la Cour au sujet

---

(3) Joanne St. Lewis, directrice de l'équité dans l'enseignement, Faculté de droit, Université d'Ottawa.

(4) *Ibid.*

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

de la vie et de la culture autochtones ont et jugées offensantes pour les mêmes raisons. Ainsi, l'observation générale du juge McEachern à propos de la vie autochtone avant l'arrivée des Européens se lit comme suit: "il ne fait aucun doute, pour citer Hobbes, que la vie autochtone sur le territoire était, au mieux, 'dégoûtante, bestiale et courte'". (p. 13) (traduction). Voici d'autres exemples de language offensant:

- "Les preuves semblent indiquer que les Indiens vivant sur le territoire étaient, d'après les normes historiques, un peuple primitif sans forme d'écriture, sans chevaux et sans charrettes. Peter Skene Odgen, l'explorateur-négociant controversé a visité Hotset en 1836 et noté la condition primitive de ses habitants". (p. 25) (traduction)

- "Il ne fait aucun doute dans mon esprit que la vie sur le territoire était extrêmement difficile, et que de nombreux symboles de la civilisation, tels que nous, de culture européenne, les comprenons, étaient sûrement absents". (p. 31) (traduction)

- "Les guerres entre tribus voisines ou éloignées étaient constantes et la population était pour ainsi dire incapable d'obéir à quoi que ce soit qui dépasse toute forme de coutume la plus élémentaire". (p. 73) (traduction)

Le passage qui suit, tiré de l'affaire *Re Southern Rhodesia* (arrêt du Conseil privé en 1919) et cité par la Cour comme preuve de "grande sagesse" (p. 226), souligne également la nécessité de désamorcer la langue employée par les autorités citées:

> L'estimation des droits des tribus aborigènes est toujours fondamentalement difficile. Certaines tribus se trouvent si bas dans l'échelle de l'organisation sociale que leurs usages et conceptions des droits et des obligations sont irréconciliables avec les institutions ou les idées juridiques de la société civilisée. Un tel fossé ne peut être comblé. Il serait vain d'imputer à ces gens l'ombre des droits connus dans notre droit et de les transformer en des droits de propriété transférables tels que nous les connaissons. Dans le cas présent, chacun deviendrait, grâce à un héritage fictif, un propriétaire terrien "plus riche que sa tribu". Par contre, il existe des peuples indigènes dont les conceptions juridiques, bien qu'élaborées différemment, ne sont pas moins précises que les nôtres. Quand ces conceptions sont étudiées et comprises, elles ne sont pas moins exécutoires que les droits découlant du droit anglais. Entre les deux, il existe une large marge caractérisée par un grand intérêt ethnologique, mais la position des indigènes de

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

> la Rhodésie du Sud dans ce contexte est très incertaine; elle se rapproche clairement de la limite inférieure plutôt que de la limite supérieure. (traduction)

Une hypothèse constante et désormais controversée des historiens et juristes cités dans les motifs de la Cour est que les sociétés humaines peuvent être classées selon une échelle d'"organisation" allant de "primitive" à "complexe". On suppose que la "civilisation" se trouve au haut de cette échelle et on l'associe le plus souvent aux sociétés européennes, tandis que les sociétés indigènes antérieures aux contacts avec les Européens sont considérées comme des sociétés "primitives". La mesure dans laquelle le droit canadien reconnaîtra les droits ancestraux dépend jusqu'à un certain point de ce jugement culturel sur la complexité ou l'organisation de la société indigène. Ce type d'analyse comporte les dangers inhérents au jugement interculturel. L'hypothèse que l'on peut classer la "civilisation" des sociétés indigènes en fonction d'une échelle fondée uniquement sur les valeurs européennes peut aussi être contestée à cause de son ethnocentrisme. De plus, cette analyse porte souvent ses auteurs à citer des sources employant un langage raciste qui traduit le préjugé latent des historiens et juristes consultés par la Cour. Se pose alors la question de politique de savoir si les tribunaux, lorsqu'ils traitent des précédents juridiques pertinents et des preuves historiques, devraient indiquer clairement le caractère blessant de ce langage et le rejeter à cause de son caractère malséant.

B. La souveraineté

La question juridique de savoir si les Gitskan et les Wet'suwet'en possèdent encore une souveraineté résiduelle a comporté l'analyse de la *common law* (jurisprudence) et du droit des nations (droit international). La démarche analytique employée dans l'affaire qui nous intéresse soulève d'abord la question de savoir si, en droit, les autochtones visés étaient souverains avant l'arrivée des Européens.

Pour de nombreux autochtones et défenseurs des droits ancestraux, le simple fait de poser la question jette un doute sur l'humanité des peuples autochtones. Une autre difficulté est que la jurisprudence impose la norme de la société européenne pour décider si les

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

sociétés indigènes possédaient un niveau d'organisation sociale et politique assez "raffiné" pour justifier la reconnaissance de la souveraineté indigène et du titre aborigène. Dans l'analyse effectuée dans l'affaire Gitskan, la Cour présume que les sociétés indigènes ne possédaient pas un degré d'organisation assez élevé pour nécessiter une conquête militaire ou la cession de la souveraineté par traité afin de justifier les premières déclarations de souveraineté par les pouvoirs européens. La "doctrine de la découverte" permet aux pouvoirs européens de considérer comme inoccupées toutes les terres habitées par des peuplades vivant de chasse et de récolte. Cette doctrine, conçue pendant la période coloniale pour déterminer les droits des peuples colonisés par rapport au pouvoir colonisateur, se fonde sur des hypothèses de supériorité des peuples européens par rapport aux peuples indigènes. Ces hypothèses fondamentales soulèvent la question du préjugé racial et de l'ethnocentrisme dans le cadre de l'analyse des droits ancestraux. Cette question n'a pas été étudiée par la Cour.

Dans l'affaire Gitskan, le juge McEachern s'est senti tenu, à cause des précédents, de se fonder sur la doctrine de la découverte. Ce cadre d'analyse l'a amené à conclure que les autochtones n'étaient pas souverains au moment des contacts, ce qui justifie la souveraineté britannique sur de vastes territoires occupés de façon minimale par des sujets britanniques.

La Cour a été incitée à reprendre cette analyse par certaines des plus grandes causes relatives à un titre aborigène, telles que l'affaire *Hamlet of Baker Lake* c. *Ministre des Affaires indiennes* [1980] 1 F.C. 518 (F.C.C.), influencées pour leur part par les précédents coloniaux en Afrique (tels que *Re Southern Rhodesia*, [1919] A.C. 211). Dans l'affaire Gitskan, la Cour a aussi été influencée par le précédent américain *Johnson* c. *McIntosh* (U.S.S.C.), qui a accepté la doctrine de la découverte. Le juge McEachern cite dans sa décision (à la page 80) le passage suivant de l'arrêt *Johnson* c. *McIntosh* (1823) 8 Wheaton 543 à 572-3 et semble l'accepter, sans se prononcer sur son préjugé ethnocentrique:

> Lorsqu'elles ont découvert cet immense continent, les grandes nations de l'Europe ont cherché à s'en approprier respectivement la plus grande partie possible.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

> L'immensité de ce continent permettait à tous de donner libre cours à leur ambition et à leur esprit d'entreprise. Le caractère et la religion de ses habitants fournissaient une excuse pour les considérer comme un peuple sur qui le génie de l'Europe pouvait proclamer son ascendance. Les potentats de l'ancien monde n'ont eu aucun mal à se convaincre qu'ils compensaient largement les habitants du nouveau monde en leur apportant la civilisation et le christianisme en échange d'une indépendance illimitée. Mais comme ils étaient tous à la poursuite du même objet, il fallait, pour éviter des colonisations conflictuelles et donc des guerres, établir un principe que tous reconnaîtraient comme la loi réglementant entre eux le droit d'acquisition qu'ils avaient tous revendiqué. Ce principe était que la découverte donnait un droit au gouvernement au nom duquel elle était faite par rapport aux autres gouvernements européens et que ce droit pouvait être consommé par la possession. [...] (traduction)

Le juge McEachern conclut que les "autorités ultérieures ont indiqué clairement que cette souveraineté existe non seulement par rapport aux autres pouvoirs "civilisés" mais aussi par rapport aux autochtones eux-mêmes". (p. 80) (traduction). Il a aussi conclu: "À mon avis, il est clair dans le droit des nations, qui fait désormais partie de la *common law*, que la découverte et l'occupation des terres de ce continent par des nations européennes ou l'occupation et la colonisation ont donné naissance à un droit de souveraineté". (p. 81) (traduction)

La jurisprudence a aussi amené les plaignants à faire un aveu fondamental qui rend l'argument de la compétence autochtone encore plus difficile à défendre. Les plaignants ont en effet avoué que les droits fondamentaux sur le sol du territoire reviennent à Sa Majesté du chef de la province de la Colombie-Britannique (*St. Catherines Milling and Lumber Co. Ltd.* c. *Procureur général de l'Ontario* (1886) 13 R.C.S. 577). Cet aveu implique nécessairement que les autochtones reconnaissent jusqu'à un certain point la souveraineté britannique et canadienne sur le territoire. Les plaignants ont semblé arguer qu'un titre aborigène continu (qui, de l'avis de la Cour, a été éteint) signifie une compétence autochtone continue sur les terres remplaçant la compétence de Sa Majesté, tout au moins à propos des questions territoriales.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

La Cour a conclu à une absence de "droit" dans la société indigène précoloniale, décrivant cette période comme une période de "vide juridique et juridictionnel" (p. 222). Elle a également déclaré: "S'il fallait démontrer que les Gitskan et les Wet'suwet'en, en tant que peuples autochtones plutôt que villageois, avaient des institutions et se gouvernaient eux-mêmes, je doute que cette exigence serait satisfaite. J'en ai déjà parlé dans cette partie". (p. 226) (traduction). Ces constatations ont joué un rôle fondamental dans la conclusion de la Cour que le titre aborigène ne contenait aucune notion de pouvoirs souverains résiduels.

Même si la plus grande partie de l'analyse dans l'affaire Gitskan conclut à une absence de droit indigène, et donc à une absence de souveraineté indigène pendant la période pré-coloniale, l'arrêt semble offrir deux explications différentes de la décision négative de la Cour au sujet de la souveraineté indigène : c'est-à-dire que l'affirmation de la souveraineté britannique par l'établissement de la Colonie de la Colombie-Britannique a soit *remplacé* soit *éteint* la souveraineté indigène. À la page 241, la Cour déclare:

> J'ai traité de cette plainte [compétence autochtone] dans la partie 14 du présent jugement et conclu que la souveraineté autochtone n'a pas survécu à l'affirmation de la souveraineté britannique. Je ne trouve pas nécessaire d'examiner ou de décider si l'établissement de la Colonie de la Colombie-Britannique, par exemple, devrait être considérée comme un remplacement d'une souveraineté par une autre que la loi reconnaît ou si les dispositions juridiques mises en place pendant la période coloniale reviennent à une extinction d'une souveraineté antérieure. J'ai tendance à croire que la première possibilité décrit correctement la réalité historique. Je serais donc d'avis que Sa Majesté avait clairement et expressément l'intention, au sens que j'ai mentionné, de mettre fin à toute compétence ou souveraineté autochtone qui aurait survécu à l'affirmation de la souveraineté britannique. Cela s'est fait, il va sans dire, par les arrangements gouvernementaux que Sa Majesté a mis en place pendant la période coloniale et qui visaient clairement à s'appliquer dans toute la colonie et à lier tous ceux qui y vivaient. Il est inconcevable, selon moi, qu'une autre forme de gouvernement puisse exister dans la colonie après que Sa Majesté a imposé le droit anglais, nommé un gouverneur autorisé à légiférer, pris possession de toutes

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

> les terres de la colonie et mis sur pied des mécanismes pour les gouverner à l'aide d'un gouverneur et d'un conseil législatif relevant de Sa Majesté. (traduction)

La Cour a également laissé entendre que l'exercice de fait de la souveraineté britannique par les pouvoirs coloniaux et l'État canadien renversait toute affirmation de souveraineté par les autochtones: "Les événements des 200 dernières années sont beaucoup plus significatifs que n'importe quelle conquête militaire ou n'importe quel traité. Le fait que Sa Majesté possède le sol de toutes les terres de la province n'est pas mis en doute et la domination réelle pendant une si longue période est beaucoup plus concluante que ne pourrait jamais l'être le résultat d'une bataille ou d'une guerre. La loi reconnaît la possession du territoire par Sa Majesté dans un État fédéral appelé désormais Canada conformément à sa constitution et à ses lois." (p. 81) (traduction)

Le juge McEachern a conclu que, en affirmant sa souveraineté, Sa Majesté a aussi acquis un titre sous-jacent à l'égard du sol, assujetti uniquement au titre aborigène sous forme de servitude sur le sien. Cette servitude n'empêche pas Sa Majesté de vendre les terres, a-t-il déclaré, ni de mettre fin à cette servitude selon son plaisir.

On a critiqué certains aspects de la décision Gitskan et affirmé qu'elle allait à contre-courant des décisions récentes de la Cour suprême du Canada, telles que celle qui a été rendue dans l'affaire *Sparrow* c. *La Reine* [1990] 1 R.C.S. 1075. La question de la souveraineté indigène n'était pas posée directement à la Cour suprême dans cette affaire. Même si le jugement comporte quelques remarques à ce sujet, collectivement, ces remarques sont un peu ambiguës. Ainsi, le passage suivant dans l'affaire *Sparrow* (p. 1103) laisse croire à une décision contraire à la souveraineté indigène: "Il convient de rappeler que bien que la politique britannique envers la population autochtone fût fondée sur le respect de leur droit d'occuper leurs terres ancestrales, comme en faisait foi la Proclamation royale de 1763, dès le départ, on n'a jamais douté que la souveraineté et la compétence législative, et même le titre sous-jacent, à l'égard de ces terres revenaient à Sa Majesté; voir l'arrêt *Johnson* v. *M'Intosh* (sic) [...]".

Par contre, lorsqu'elle traite du sens du paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, la Cour semble citer avec approbation

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

les observations suivantes du professeur Lyon dans "An Essay on Constitutional Interpretation" (1988), *Osgoode Hall L. J., n° 26, p.* 95:

> [TRADUCTION] ... le contexte de l'année 1982 nous fournit assurément une indication suffisante qu'il ne s'agit pas d'une simple codification de la jurisprudence sur les droits ancestraux qui existait en 1982. L'article 35 exige un règlement équitable en faveur des peuples autochtones. Il écarte les anciennes règles du jeu en vertu desquelles Sa Majesté établissait des cours de justice auxquelles elle refusait le pouvoir de mettre en doute Ses revendications souveraines. (cité à la page 1106)

La Cour suprême du Canada a abordé la question de la souveraineté dans un autre arrêt récent, soit l'arrêt *Sioui* c. *La Reine*. Dans cette affaire, qui traite de la nature des droits issus de traités, la Cour est une fois de plus équivoque sur la question du statut souverain des Premières Nations au Canada. La Cour a fait remarquer que, dans un arrêt antérieur, *Simon* c. *La Reine*, elle a statué que les traités avec les Indiens sont des documents uniques, qui ne sont ni créés ni éteints selon les règles du droit international. Dans l'affaire *Sioui*, elle avait conclu que les nations autochtones avaient maintenu avec la Grande-Bretagne et avec la France des relations proches de celles qui étaient maintenues entre nations souveraines. Par contre, la Cour suprême du Canada a également conclu dans le même arrêt que "les nations indiennes étaient considérées, dans leurs relations avec les nations européennes qui occupaient l'Amérique du Nord, comme des nations [indépendantes] (c'est nous qui soulignons)". Elle a aussi repris la déclaration suivante de la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Worcester* c. *State of Georgia*, à propos de la politique britannique au milieu du XVIII[e] siècle envers les Indiens:

> C'était la politique de la Grande-Bretagne à l'égard des nations indiennes qui habitaient le territoire d'où elle avait exclu tous les autres Européens; c'était ses revendications et sa présentation pratique des chartes qu'elle a accordées; *elle les considérait comme des nations capables de maintenir les relations de paix et de guerre, de se gouverner elles-mêmes, sous sa protection, et elle a conclu des traités avec elles, dont elle a reconnu le caractère obligatoire.* [C'est la C.S.C. qui souligne.] (traduction)

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

En conclusion, pour obtenir une réponse claire de la Cour suprême du Canada sur la question de la souveraineté des autochtones, il faudra probablement attendre une cause où cette question sera soulevée dans le contexte d'un titre aborigène, comme ce fut le cas dans l'affaire Gitskan.

LES TRAITÉS DE L'ÎLE DE VANCOUVER

La plus grande partie de la Colombie-Britannique et le territoire en cause dans l'affaire Gitskan ne sont pas visées par un traité. Mais les débuts de la présence britannique sur l'île de Vancouver, par l'entremise de la Compagnie de la Baie d'Hudson, ont comporté un processus de traité. Dans l'affaire Gitskan, la Cour a donc dû déterminer si ce processus représentait la politique britannique à l'égard des droits ancestraux et si les droits territoriaux des autochtones seraient maintenus dans la province tant qu'ils ne seraient pas assujettis à un traité. La Cour a répondu négativement à ces questions et ajouté:

> À mon humble avis, on a accordé trop d'importance à ces traités puisqu'on ne comprend pas clairement leur teneur ni les motifs qui ont incité les parties à agir comme elles l'ont fait. La Compagnie de la Baie d'Hudson a apparemment décidé d'acquérir les intérêts autochtones sur les territoires qui l'intéressaient et obtenu ces terres en échange de quelques couvertures. [...] Les traités de l'île de Vancouver ne représentent peut-être pas plus que la cession, par les autochtones, de leurs droits en échange de la modeste contrepartie reçue ainsi que la substitution d'un droit issu de traité leur permettant de continuer à utiliser la terre. On ne peut en déduire que les autochtones possédaient la terre ni que Sa Majesté était tenue, par la loi, de conclure des traités ni de contribuer à leur succès. Ces traités sont si incertains et si équivoques que je suis incapable de leur attacher une importance juridique. (p. 124) (traduction)

La Cour a exprimé ces conclusions sans faire allusion aux quelques précédents où il était question des traités de l'île de Vancouver et sans établir de distinction entre ces traités. Ainsi, dans l'affaire *Saanichton Marina Ltd.* c. *Claxton,* (1989) 57 D.L.R. (4th) 161, la Cour

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

d'appel de la Colombie-Britannique a décidé qu'un traité signé en 1852 entre les Saanich et le gouverneur de l'île de Vancouver au nom de la Compagnie de la Baie d'Hudson conférait aux autochtones un droit positif de protection de leurs droits de pêcher à un endroit précis. À cause de ce droit issu de traité, la Cour d'appel a confirmé que le port de plaisance proposé nuirait gravement aux activités de pêche des autochtones. Le seul obstacle interdisant d'accorder une injonction semble avoir été une disposition réglementaire prévoyant l'immunité de Sa Majesté.

Dans l'affaire *Saanichton Marina,* la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a rejeté expressément l'argument que le traité ne liait pas Sa Majesté et décidé que cette position était intenable compte tenu de précédents tels que *R.* c. *White* (1964), 50 D.L.R. (2d) 613, confirmé dans 52 D.L.R. (2d) 481n (C.S.C.), et *R.* c. *Bartleman* (1984), 12 D.L.R. (4d) 73 (C.A. C.-B.). Ces précédents concluent que les traités de l'île de Vancouver ont des conséquences juridiques, mais ils semblent aussi laisser entendre qu'ils constituent une politique britannique consistant à obtenir des cessions de terres au moyen de traités avant la colonisation et que cette politique visait à s'appliquer à la Colombie-Britannique autant qu'à d'autres régions du Canada. Ainsi, dans *R.* c. *White,* le juge Davey a déclaré: (p. 197-198)

> Dans la charte accordant l'île de Vancouver à la Compagnie de la Baie d'Hudson, cette compagnie a été chargée de la colonisation de l'île. Cette exigence faisait clairement partie de la politique impériale et visait à devancer la colonisation américaine et les revendications territoriales. En ce sens, la Compagnie de la Baie d'Hudson a été un instrument de la politique impériale. Le gouvernement impérial et la Compagnie de la Baie d'Hudson avaient également pour politique, depuis longtemps, d'acheter des terres des Indiens afin que s'y établissent des colons blancs. Conformément à cette politique, de nombreuses ententes, dont certaines très officielles et d'autres pas du tout, ont été conclues avec diverses bandes et tribus d'Indiens afin d'acheter leurs terres. Ces ententes conféraient souvent aux cessionnaires des droits de chasse sur les terres inoccupées ainsi vendues. Compte tenue de la relation entre Sa Majesté et la Compagnie de la Baie d'Hudson dans la colonisation du pays ainsi que des politiques impériales et de celles de la Compagnie, dont témoignaient ces ententes, je ne peux considérer

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

> la pièce n° 8 comme un simple contrat de vente de terre entre un vendeur privé et un acheteur privé. (traduction)

Les déclarations les plus récentes de la Cour suprême du Canada sur les traités avec les autochtones *(Simon* et *Sioui)* ne semblent laisser planer aucun doute sur le fait que ces documents ont des conséquences juridiques.

L'EXTINCTION DU TITRE ABORIGÈNE

Dans l'affaire *Calder* c. *Procureur général de la C.-B.* [1973] R.C.S. 313, la Cour était divisée sur la façon de mettre fin au titre aborigène. Le juge Judson, parlant en son nom et au nom de deux autres juges, estimait que l'aliénation et d'autres actes non compatibles avec le titre aborigène étaient suffisants. L'opinion opposée était qu'une intention de mettre fin à ces droits doit être "claire et expresse". La Cour suprême du Canada a souligné le fait qu'il y a eu deux points de vue opposés dans l'affaire *C.P. Ltd.* c. *Paul* [1989] C.N.L.R. 47.

Ces dernières années, la Cour suprême du Canada a déclaré à plusieurs reprises que, même si Sa Majesté avait le pouvoir, avant 1982, de mettre fin unilatéralement au titre aborigène, cette intention doit être exprimée clairement et simplement. (Depuis l'adoption de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982,* l'extinction de tout titre aborigène existant ne peut se faire sans le consentement des peuples autochtones visés.) Dans l'affaire *Sparrow,* la Cour suprême du Canada a déclaré: "Le critère de l'extinction qui doit être adopté, à notre avis, est que l'intention du Souverain d'éteindre un droit ancestral doit être claire et expresse". ([1990] 1 R.C.S. 1099)

Bien qu'on ait décrit dans l'affaire *C.P. Ltd.* c. *Paul* que ces deux points de vue s'opposaient, la Cour a constaté dans l'affaire Gitskan une intention claire et expresse d'éteindre le titre aborigène par suite d'une intention claire et expresse "de créer un régime juridique dans lequel il faut déduire que les intérêts autochtones ont réellement été éteints". La Cour a aussi conclu dans cette affaire qu'une intention d'extinction peut ressortir de la conduite adoptée tout au long de la

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

période coloniale. Le juge McEachern a déclaré: "Je conclus qu'une intention d'éteindre les droits ancestraux peut être claire et expresse sans être exprimée dans une langue réglementaire expresse ou sans que les droits ancestraux ne soient mentionnés si cette intention claire et expresse peut être déterminée par une implication nécessaire". (p. 241) (traduction)

La Cour a décidé qu'une langue réglementaire expresse n'est pas requise pour éteindre des droits parce que la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Sparrow* ne l'a pas inclus dans son examen. Dans cete affaire, cependant, la Cour a établi une distinction entre une intention claire et expresse d'éteindre un droit et l'extinction implicite sous forme d'un régime territorial réglementaire apparemment incompatible avec le titre aborigène. En fait, la Cour a adopté le critère de l'intention "claire et expresse" tout en l'opposant au point de vue du juge Judson dans l'affaire *Calder* que l'extinction pouvait être obtenue par une série de lois mettant fin à la volonté d'exercer une souveraineté incompatible avec tout intérêt contradictoire, y compris un titre aborigène (p. 1098 de l'arrêt *Sparrow*).

CONCLUSION

De nombreuses questions découlent de cette cause très importante et très complexe. L'utilisation par la Cour de la jurisprudence soulève l'intérêt pour plusieurs raisons, dont certaines ont été expliquées ci-dessus. Cette cause montre l'énorme fardeau de la preuve auxquelles sont confrontées les Premières Nations lorsqu'elles veulent revendiquer un titre aborigène éteint et la complexité des questions juridiques en cause. Elle laisse aussi voir les enjeux politiques importants que sous-tendent les causes de ce genre. Comme le faisait remarquer le juge McEachern dans l'introduction à son jugement, "il s'agit également d'un procès politique". La cause donne une indication de la mesure dans laquelle les Premières Nations cherchent à transformer les institutions et la pensée juridiques et politiques qui touchent aux droits ancestraux et au statut des Premières Nations du Canada.